

EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

Domingo A. Domínguez Morgade

Máster de Prevención de Riesgos Laborales.

Dirigido por el Profesor: Manuel González Labrada

8 de octubre de 2.014.

RECARGO DE PRESTACIONES Y LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES

1.1.- INTRODUCCIÓN. pag.5

1.2.- REGULACIÓN ACTUAL Y REFERENCIA HISTÓRICA. pag.8

2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1 PERSONAL AL QUE SE APLICA. pag.13

2.2 REQUISITOS PARA SU RECONOCIMIENTO. pag.16

3. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES.

3.1 LOS RIESGOS PSICOSOCIALES. pag.24

3.2 LA CONSIDERACIÓN DEL ACOSO MORAL COMO RIESGO DE CARÁCTER PSICOSOCIAL. pag.26.

3.3. RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL. pag.27.

4. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES Y EL RECARGO DE PRESTACIONES.

4.1 SENTENCIAS EN CONTRA. pag.31.

4.2 SENTENCIAS A FAVOR. pag.35.

5. CONCLUSIONES.

6. BIBLIOGRAFÍA.

7. SENTENCIAS.

EL RECARGO DE PRESTACIONES

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES

1.1.- INTRODUCCIÓN

Uno de los principales pilares normativos, si no el principal, sobre los que se sustenta el Derecho Social del Trabajo, se encuentra regulado en el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Este apartado reconoce la aplicación de esta Ley a:

“los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador”

Dentro de este ámbito de aplicación, y en lo que a prevención de riesgos laborales se refiere, hay centrar la atención al requisito de la inclusión del trabajador dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, hecho que viene a establecer una relación de sometimiento del empleado al poder de dirección que el empresario ejerce sobre él.

De esta manera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de marzo de 2.010, rec. 1443/2008¹, en reproducción de otras anteriores ha venido a señalar que: *“La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente" (STS 7-6-1986): en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.”*

Por consiguiente, clave fundamental del contrato de trabajo, que lo diferencia del contrato civil de arrendamiento de servicios, es el sometimiento del trabajador a la dependencia del empresario. Por ello, el trabajador se encuentra incluido dentro de un ámbito de prestación de servicios, rodeado de múltiples y diferentes relaciones; con el empresario, con los compañeros, con terceros como pueden ser clientes o proveedores, etc. Relaciones que influyen en el estado emocional, psicológico y por lo tanto, y en definitiva en la salud del trabajador.

Esta relación de sometimiento ha sido regulada a lo largo de la historia de la normativa laboral mediante el establecimiento de una serie de derechos del trabajador, y obligaciones que el empresario debe observar a lo largo de la vida de la relación laboral que le vincula con el trabajador. Derechos que posee el trabajador como son, entre otros, el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

Este derecho, establecido en el artículo 40.2 de la Constitución Española como uno de los principios rectores de la política social y económica, está recogido en el artículo 19 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, pero su pilar fundamental en la normativa española, como transposición de la Directiva 89/391/CEE, se encuentra recogida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre). Esta Ley, establece, entre otras, la obligación empresarial de evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta dos factores fundamentales que actúan en la prestación de servicios: las características del puesto de trabajo y de la persona que va a desempeñarlo. Una vez evaluado el riesgo, debe establecer las medidas necesarias para su eliminación, reducción o control.

Pero tampoco hay que olvidar, por supuesto, el derecho que el trabajador tiene al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión, etc...

Evidentemente, en el transcurso de la relación laboral que une a ambas partes, empresario y trabajador, devienen diferentes circunstancias no deseadas y que influyen en el normal desarrollo de la prestación de servicios.

Entre estas circunstancias se encuentran los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, para cuya contingencia el Sistema Público de la Seguridad Social prevé una serie de prestaciones con las que hacer frente a las necesidades surgidas.

Cuando estas contingencias ocurren por la inobservancia por parte del empresario de su obligación de velar por la seguridad y salud de los trabajadores, la normativa de Seguridad Social establece que, las prestaciones que puedan surgir por motivo de actuación de un riesgo laboral, podrán ser incrementadas en un determinado porcentaje de cuyo pago es único responsable el empresario.

Este incremento es lo que se denomina recargo de prestaciones, y cuyo estudio se quiere afrontar en el presente trabajo.

El recargo de prestaciones abarca un vasto campo doctrinal, científico y judicial cuyo recorrido y conocimiento no se puede realizar en una única exposición. Materias como: la naturaleza del recargo, determinación del porcentaje a aplicar, compatibilidad, etc., son sectores propios de esta materia que merecen un estudio individual de cada uno de ellos.

En un principio, el recargo de prestaciones se aplicaba principalmente en los casos de accidentes ocasionados por falta de medidas de seguridad en máquinas, dispositivos, etc. No obstante, recientemente hay un cambio en la tendencia judicial que

viene a reconocer, no sin cierta dificultad, este incremento en prestaciones con ocasión de la existencia de contingencias surgidas en relación a la actuación de riesgos psicosociales.

En este trabajo vamos a hacer un estudio de la procedencia de aplicar el recargo de prestaciones en las contingencias profesionales nacidas por la aparición de riesgos psicosociales, tales como acoso, mobbing, etc. Esta investigación se abordará tras una previa reseña histórica del recargo de prestaciones, ámbito de aplicación y una breve indicación de los requisitos que deben darse para que éste surja.

1.2.- REGULACIÓN ACTUAL Y REFERENCIA HISTÓRICA

Regulación actual.

La actual regulación normativa, en lo que al recargo de prestaciones se refiere, se encuentra regulada en el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio (BOE de 29 de junio), el cual indica lo siguiente:

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

También se nombra el Recargo de Prestaciones, además de en múltiples normas, como son Ley de Procedimiento Laboral, Ley de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, RD. 1300/1995 y OM 19 de enero de 1.996 que lo desarrolla, etc., en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995 de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre), reconociendo en su artículo 42.3 la compatibilidad de las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

Procedimiento administrativo para su reconocimiento.

Según se establece en el artículo 1 del RD 1.300/1995 de 21 de julio (BOE de 19 de agosto), corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en materia de incapacidades laborales,

...

e) Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

El procedimiento, se podrá iniciar: de oficio, por propia iniciativa de la Entidad Gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, a instancia del trabajador o su representante legal, a instancia de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecte directamente.

Entre las medidas derivadas de la actuación inspectora, el artículo 7.8 de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre (BOE de 15 de noviembre) establece que los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, una vez finalizada la actividad comprobatoria, podrá instar al órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de Seguridad e higiene.

La resolución del procedimiento la dictará el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el cual deberá dictar resolución expresa en el plazo de 135 días. En el caso de no dictarse resolución en este plazo la petición se entenderá desestimada por silencio negativo.

La resolución podrá ser recurrida ante el Juzgado de lo Social correspondiente.

Todo este procedimiento, se encuentra regulado detalladamente en el RD 1300/1995 de 21 de julio y en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 que desarrolla a éste.

Referencia histórica.

La primera referencia normativa en la que aparece el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo la encontramos en la Ley 30 de enero de 1.900, de Accidente de trabajo, la cual establecía en su artículo 5º. 5ª que:

“Las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refieren los artículos 6, 7, 8 y 9 de la presente Ley”.

Como se puede apreciar, la idea de incrementar la prestación que percibe el trabajador, se genera únicamente como consecuencia de falta de medidas de Seguridad en la maquinaria o utensilios utilizados en el proceso productivo. Es evidente que este incremento, cuyo germen se gesta a finales del siglo XIX (La ley se aprueba en enero del año 1.900) no contempla ni tiene en su espíritu, ni siquiera en el entorno social en que nace, los daños psicológicos que pudiera sufrir el trabajador a consecuencia las relaciones sociales que surgen en el entorno laboral.

Sin embargo, la idea del Recargo de prestaciones, no nació con la carga exclusiva de su coste sobre el empresario incumplidor de la obligación de adoptar las

medidas necesarias de Seguridad, para asegurar un proceso productivo exento de peligro para los trabajadores. En su artículo 12 de la misma Ley, se establecía la posibilidad de su aseguramiento, al igual que el resto de responsabilidades contenidas en la Ley, indicando que:

“Los patrones podrán sustituir las obligaciones definidas en los artículos 4º, 5º y 10, o cualquiera de ellas por el seguro hecho a su costa en cabeza del obrero de que se trate, de los riesgos a que se refiere cada uno de esos artículos respectivamente o todos ellos, en una sociedad de seguros debidamente constituida, que sea de las aceptadas para este efecto por el Ministerio de la Gobernación, pero siempre a condición de que la suma que el obrero reciba no sea inferior a la que correspondiera con arreglo a esta ley”.

El hecho de permitir que, la obligación empresarial de velar por el correcto cumplimiento de las medidas de seguridad debidas en el proceso productivo, descansase en la posibilidad de poder asegurar el coste adicional que supone al empresario el recargo de prestaciones por tal incumplimiento, suponía a todas luces una “relajación” del deber empresarial.

A partir de la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, el legislador percibió de esta manera la posibilidad de asegurar el recargo de prestaciones, por lo que se suprimió tal facultad en el artículo 6.5, al indicar que:

“Las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obra cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refiere el artículo 17.

El riesgo de la indemnización especial a que se refiere esta disposición 5ª., no puede ser materia de seguro. Si se probare que alguna entidad aseguradora lo asumía, deberá ser apercibida, y, caso de persistir en pactar dicha condición, se le retirará la autorización oficial que se le hubiere concedido a los efectos de la presente Ley”.

Como cambio más importante a resaltar en toda la historia del recargo de prestaciones, es la imposibilidad de aseguramiento, ya establecida en el año 1.922 y que rompe con la facultad establecida inicialmente por la Ley de Accidentes de Trabajo del año 1.900.

Posteriormente, la regulación normativa que ha se ha dictado en relación al recargo de prestaciones, ha divagado en cuanto a la definición, naturaleza u origen al que este incremento obedece. Así a partir del año 1.922 hasta el año 1956 la legislación que establecía el recargo de prestaciones lo definía desde un punto de vista indemnizatorio, Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926, Decreto-Ley 25 de agosto de 1931, Decreto-Ley de 8 de octubre de 1932, Decreto de 31 de enero de 1933, toda esta normativa recoge en la definición dada al recargo de prestaciones como un “aumento de indemnizaciones”.

Posteriormente, La Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, ya define el recargo como una sanción en su artículo 55 *in fine*, el cual indica que: “Este

recargo a costa del patrono, se considerará como una sanción para el mismo y queda prohibido bajo pena de nulidad su seguro”.

Este cambio terminológico supuso una ruptura drástica con la terminología utilizada anteriormente, por la cual se entendía el recargo como una “indemnización especial”.

A partir del año 1962, con el Decreto 3250/1962 de 5 de diciembre, se procedió a aumentar notablemente el alcance, en orden al recargo de las prestaciones, ya que se amplía el concepto de “seguridad e higiene en el trabajo”. Anteriormente, el concepto de recargo de prestaciones se encontraba encorsetado en la ausencia de mecanismos o aparatos de protección previstos en los reglamentos. A partir de este Decreto, se da entrada a los casos en los que *“no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad necesaria para el trabajo humano”*.

Dentro de este recorrido de la línea del tiempo, no hay que dejar de señalar la aportación que efectuó la Ley de la Seguridad Social de 1966, en cuyo artículo 147, se reguló el Recargo de Prestaciones, pero en esta ocasión estableciendo dos límites, uno superior del 50 por ciento y otro inferior del 30 por ciento, paréntesis que continua en la actualidad.

En resumen, son más de cien años de vida los que contemplan la figura del recargo de prestaciones, cuyo punto de inflexión más importante se produjo en el año 1922, año en el que se prohibió la posibilidad de aseguramiento, cuyo veto se mantiene todavía en la actualidad. El resto del recorrido cronológico se contempla bajo la observación de pequeños y medianos matices que han ido dando forma a este concepto, cuya naturaleza todavía es discutida en la actualidad, a pesar de haber transcurrido más de un siglo desde su nacimiento, indemnización, sanción, prestación, etc., definiciones y conceptos que han querido encuadrar en un campo jurídico al hecho que ha permanecido vivo durante más de cien años, el hecho de compensar en mayor medida al trabajador que sufre un accidente o enfermedad profesional, no de manera fortuita, sino como consecuencia de la falta de observación por parte del empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1 PERSONAL AL QUE SE APLICA

No hay que olvidar que, el artículo que regula el recargo de prestaciones, se encuentra localizado dentro del Título II, Capítulo III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el cual regula la acción protectora de los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

No obstante, esta regulación se extiende también a los trabajadores por cuenta ajena de los diferentes Regímenes Especiales, tales como Trabajadores del Régimen Especial del Mar, o Trabajadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón.

Debemos recordar que, el Régimen Especial de Trabajadores Agrarios quedó integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, al igual que los Trabajadores integrantes del Régimen Especial de Empleados del Hogar.

En el caso de los trabajadores, ahora integrantes del Sistema Especial de Empleados de hogar, la Disposición Adicional trigésima novena, apartado 3 de la Ley 27/2011 de 1 de agosto (BOE de 2 de agosto), establece que los trabajadores incluidos en este tipo de prestación de servicios, tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las peculiaridades que se enumeran, entre las cuales no se encuentra la exclusión del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social.

Sin embargo, como señala el artículo 4.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales Ley 31/1995 de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre), *“La presente Ley tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.”*

La no exclusión por parte de la Ley 27/2011 de la aplicación del recargo de prestaciones, en las peculiaridades que se establecen para el percibo de las prestaciones de los empleados integrantes del Sistema Especial de Empleados de Hogar, unido a la obligación que tiene el titular del hogar familiar de que la prestación de servicios de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, puso en principio, un interrogante sobre la posibilidad de aplicar el recargo de prestaciones en esta Relación Laboral de Carácter Especial. A la discusión se puso fin con la publicación del RD 1596/2011 de 4 de noviembre (BOE de 4 de diciembre) el cual regula la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, indicando en su artículo 3.2 que: *“No será de aplicación a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y*

enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social”.

Funcionarios de la Administración Pública

Otra cuestión debatida es el caso de si una Administración Pública puede ser objeto de condena al recargo de prestaciones en relación del personal a su servicio, con independencia de si se encuentra vinculado mediante una relación de funcionario público o relación laboral, cuando, en ambos casos quedan encuadrados dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

En un caso como el planteado, hay que partir de que la Ley 31/1995 de 8 de noviembre es de aplicación también a las administraciones públicas, como así reza el artículo 3º de la indicada norma. Resulta evidentemente que, al quedar incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, también se regirán por el Título II del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Así lo entiende la doctrina judicial en diversas Sentencias, como son, entre otras la Sentencia nº 5388/2006 de 13 de julio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) rec: 5918/2005², la cual, da contestación al Recurso presentado por el Ayuntamiento de Barcelona, alegando vulneración del art. 123 de la TRLGSS y 45 de la LPRL. Tal contestación se expresa con la dicción del literal de la Sentencia de la misma Sala, dictada el 5 de febrero de 2.004, señalando que: *“Cuestión distinta es si su condición de Administración Pública le impide ser responsable de un recargo por falta de medidas de seguridad en aplicación del artículo 123 de la LGSS. (RCL 1994, 1825) en relación con el artículo 45 de la LPRL (RCL 1995, 3053) ; la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa, por cuanto el precepto en que se ampara el recurrente establece una particularidad respecto de la Administración Pública referida a su responsabilidad "administrativa" en materia de prevención de riesgos laborales, por cuanto en dicho ámbito las infracciones serán objeto de responsabilidades a través de la imposición, por la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca, pero tales previsiones no son de aplicación en relación con el recargo por falta de medidas de seguridad, materia en la que es de plena aplicación al Ayuntamiento lo previsto en el artículo 123 de la LGSS, dado que su condición de Administración Pública no le atribuye situación de privilegio alguno en cuanto a las prestaciones de Seguridad Social y recargo de las mismas. A mayor abundamiento, dado que la demandante, aunque tenga la condición de funcionaria, está integrada en el Régimen General de la Seguridad Social, nada impide la aplicación de la normativa reguladora del mismo, con todas sus consecuencias, correspondiendo al orden social la competencia sobre esta materia, pues únicamente podría remitirse a la jurisdicción Contencioso-Administrativa la reclamación de daños y perjuicios derivada del accidente, en ningún caso el recargo del artículo 123 de la LGSS, todo lo cuál comporta la desestimación del recurso formulado por el Ayuntamiento, y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia».*

Esta Sentencia, dando réplica a otras anteriores, viene a señalar que, cuestión distinta a la “peculiaridad administrativa” establecida en la LPRL, es el recargo de prestaciones, el cual sí es plenamente de aplicación cuando se dan los requisitos para su nacimiento en relaciones de prestación de servicios entre trabajadores y administración

pública, cuando tal conlleva la inclusión de éstos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Una de las más recientes en este tema, es la dictada por el TSJ de Cataluña de 23 de julio de 2012³, en el caso de un agente de la policía local del Ayuntamiento de L'AMETLLA DEL VALLES, en la cual estudia las exclusiones que señala el artículo 3.2 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, respecto a policías y cuerpos de seguridad, señalando en su Fundamento de Derecho TERCERO que: *“la generalidad de los términos de la exclusión dio lugar a un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, C-132/04, por incumplimiento de las obligaciones de transposición de la Directiva 89/391 en relación con el personal no civil de las Administraciones Públicas, decidido por Sentencia del TJCE (Sala Segunda) de 12 de enero de 2006, en la que, además, se indica que a pesar del contenido del artículo 3.2 de la Ley 35/99, los principios de la misma deben regir en todos los ámbitos, por lo que cabe aplicar la Directiva 89/391, dado que dichos cometidos se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud, reiterando el criterio aplicado en el Auto de 14 de julio de 2005 Personalrat der FeuerwehrHamburg, C-52/04.”*

Accidente de trabajador ocurrido en el extranjero.

Otra cuestión planteada, y ya resuelta por los tribunales, es el hecho de si se puede aplicar el recargo de prestaciones en el caso de un trabajador accidentado en un país de la Unión Europea distinto de España. En este caso, es de aplicación el Reglamento del Consejo de la Unión Europea 1408/71/CE de 14 de junio, el cual señala en su artículo 13, lo siguiente: *“... persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado Miembro al servicio de una empresa de la que dependa normalmente y destacada en el territorio de otro Estado Miembro por esta empresa con el fin de efectuar allí un trabajo por su cuenta,... quedará sujeta a la legislación del primer Estado Miembro, a condición de que la duración previsible de este trabajo no exceda de doce meses y que no sea enviada en sustitución de otra persona que haya llegado al término del período por el que ha sido destacada”*.

De esta manera, el Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, en su Sentencia de 20 de abril de 2007⁴, estimó la aplicación del recargo de prestaciones en el caso de un trabajador contratado en España por una empresa española, y que fue desplazado a Portugal, en cuyo país falleció a consecuencia de una accidente de trabajo, por el cual se devengaron prestaciones económicas de supervivencia, las cuales fueron incrementadas con el recargo de prestaciones señalado. Esta Sentencia fue ratificada en suplicación por el TSJ de Galicia (Sala de lo Social) sentencia nº. 207/2008 de 18 de marzo de 2008⁵.

2.2 REQUISITOS PARA SU RECONOCIMIENTO

A) Existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional

Como se ha dicho anteriormente, el artículo legal del recargo de prestaciones, se encuentra dentro del título II del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, apartado que regula el Régimen General de la Seguridad Social.

En este mismo Título II, se define dentro del artículo 115 y 116, lo que se entiende como accidente de trabajo.

De esta manera accidente de trabajo se define como *toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.*

Posteriormente, en el mismo artículo, el punto 2, enumera una serie de circunstancias que, por diferentes peculiaridades que rodean a esa situación, también son considerados como accidente de trabajo. No obstante, mención especial merece, para el tema que nos ocupa, el apartado e) y f) de esta numeración, los cuales indican que también tendrán consideración de accidente de trabajo:

e) *Las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente (enfermedades profesionales), que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.*

f) *“las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”.*

Dentro del concepto de accidente de trabajo, deben incluirse por tanto, las lesiones físicas, como las de naturaleza psíquica.

En consecuencia, para que surja el derecho al reconocimiento del recargo de prestaciones tiene que acontecer, en primer lugar un accidente de trabajo o enfermedad profesional, causante de un daño corporal, bien sea físico o psíquico, y por el cual se devengue una prestación económica.

De esta manera, incluso el suicidio, ampliamente estudiado en muchas Sentencias del Alto Tribunal, en orden a determinar la contingencia de la que deviene (STS 4 de diciembre de 2.012, con voto particular)⁶, se llega a reconocer en diferentes casos la posibilidad de que las prestaciones que pudieran surgir de tal hecho causante, puedan ser reconocidas por contingencias profesionales. Así pues, y a modo de ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, en su Sentencia de 20 de diciembre de 2.013 (rec. 4931/2013)⁷ indica en su Fundamento de Derecho SEGUNDO:

“Ahora bien, una cosa es el que al suicidio no se le aplique la presunción de laboralidad del artículo 115.3 del TRLGSS, y otra muy diferente que no se pueda incluir determinados supuestos de autolesiones en el concepto más amplio del apartado 1 de artículo 115, siempre y cuando se acredite que la muerte- o las lesiones- tienen una relación con el clima laboral. De esta forma, un suicidio debido a problemas personales o familiares de una persona no tiene ninguna etiología laboral, aunque se produjese en el centro de trabajo. Por el contrario, la muerte o lesiones causadas por problemas laborales sí es un accidente de trabajo, se produzca en tiempo y lugar de trabajo o no”.

Existen determinadas circunstancias que el artículo 115 excluye de su calificación como accidente de trabajo y son, además de los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo..., los debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado, o la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo. Estos apartados, simplemente merecen una simple enumeración, toda vez que el objeto principal del presente estudio son los riesgos psicosociales y el recargo de prestaciones, por lo que la imprudencia temeraria o profesional, no entrarían en el desarrollo de esta casuística.

El reconocimiento de determinadas patologías psíquicas como accidentes de trabajo o “enfermedad del trabajo”, cada vez son más frecuentes por parte de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, así por ejemplo, ya la Sentencia 9/2007 del TSJ de Andalucía de 10 de enero de 2.007 (rec 2198/2006)⁸, habla, con remisión a la STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2.005, de “la nueva aparición de enfermedad psicosocial, la denominada “BURN OUT”, que viene a significar estar quemado, y que se trata de un síndrome de agotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongado y que según tanto la Psicología del Trabajo como la medicina forense, se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional....

Cuando las patologías psicosociales coinciden en el resultado, esto es, los graves daños que producen en la salud del trabajador, el acoso moral o Mobbing se integra por un elemento intencional lesivo, ya proceda del empleador o superiores jerárquicos o por compañeros, sin embargo en el Burn Out ese elemento intencional está, en principio ausente.... Pues bien, no se olvide que la patología psíquica padecida por el demandante, es encuadrable en el ámbito de las denominadas “enfermedades del trabajo” al tratarse de un concepto “sui generis” diverso de los de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que constituye una figura intermedia dentro de la categoría jurídica de los riesgos profesionales cuya funcionalidad cobra hoy especial sentido ante el desbordamiento de la fenomenología de los riesgos laborales que refleja la existencia de lo que se ha venido en llamar una “sociedad del riesgo”.”

El acoso moral como accidente laboral

El acoso moral se define como un ataque psicológico contra la integridad y la dignidad moral de la persona. Se trata de un proceso que se alarga en el tiempo, y cuya actuación va haciendo mella en la autoestima y seguridad de las personas.

De esta manera lo contemplan algunos Tribunales Superiores de Justicia:

Las características que se viene exigiendo al acoso moral incluyen la retirada de la conducta de hostigamiento, circunstancia ésta de la repetición o duración en el tiempo que es matizada en otros ámbitos. Para los tribunales españoles el acoso moral posee perfiles objetivos —sistematicidad, reiteración (36) y frecuencia— y subjetivos —intención de causar perjuicio a la víctima— (STSJ Extremadura de 16 de diciembre de 2003—rollo 692/2003—; STSJ Galicia de 9 de diciembre de 2005 —rollo 5436/2005—; STSJ Madrid de 14 de mayo de 2009 —rollo 1780/2009—; STSJ Cataluña de 1 de marzo de 2011 — rollo 2544/2010—; STSJ Asturias de 13 de enero de 2012 —rollo 3063 /2011—).

Pero el acoso moral no es la única situación en la que se ha aceptado que estemos ante riesgos psicosociales. La Sala Social del Tribunal Supremo estimó que la situación de ansiedad paroxística, que aparece tras una actuación de gran violencia en la que el trabajador participó como miembro de la policía, debería ser considerada como riesgo profesional (STS 4.^a de 18 de enero de 2005, rcud. 6590/2003)⁹.

El burn-out ha venido siendo admitiendo como contingencia profesional, en casos en que incluso se asienta sobre una personalidad de base perfeccionista y obsesiva del trabajador, *lo cual no constituye una enfermedad, pero ésta ha surgido al estar el demandante en contacto con personas con las que trabaja, cuyas meras psíquicas han originado en aquél un desgaste anímico determinante de la incapacidad temporal* (STSJ País Vasco de 2 de noviembre de 1999¹⁰). El análisis del burn-out se ha hecho en alguna ocasión por comparación con el mobbing, para señalar que pueden coincidir en los graves daños sobre la salud del trabajador, pero en el burn-out el elemento intencional está ausente (STSJ de Navarra de 31 de marzo de 200¹¹, 20 de julio de 2006¹² y STSJ Andalucía, Granada, de 21 de julio de 2011¹³).

B) Reconocimiento de una prestación económica por causa del accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

Evidentemente, del literal del título del artículo 123 y de su redacción, ya en las primeras palabras de su desarrollo, se constata directamente que la prestación que se ve incrementada es una prestación económica. Por consiguiente, la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que no genere derecho a una prestación de tal característica, no queda recogida dentro del literal del artículo indicado.

En este punto, es interesante nombrar, en cuanto a recargo de prestaciones se refiere, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de diciembre de 2013, rec. 2417/2013¹⁴, en la cual se recoge la circunstancia de que, entre otros aspectos, la prestación que se pretende incrementar con el recargo de prestaciones, está declarada como contingencia común (motivada por acoso laboral, que posteriormente devino en una extinción de contrato voluntaria del trabajador).

Prestaciones legales o voluntarias.

Ahora bien, hay que distinguir entre la prestación económica legalmente establecida o la prestación económica como mejora voluntaria recogida en Convenios Colectivos o pactos individuales.

Respecto al caso de mejoras voluntarias, la doctrina jurisprudencial viene denegando que el recargo se aplique sobre éstas. Entre otras Sentencias la STS de 20 de marzo de 1997 recurso 2730/1996¹⁵, indica en su Fundamento de Derecho SEGUNDO *in fine*, reproduciendo el texto de una Sentencia del Juzgado de lo Social de León que según indica “razona con indiscutible acierto” que:

“la aplicación del aludido recargo a las mejoras voluntarias "supondría una segunda sanción a la empresa que voluntariamente concede mejoras a sus empleados, castigando más severamente al empresario que con sentido social procura ayudar a sus operarios, con respecto a aquel que se limita a mantener las prestaciones básicas de la Seguridad Social”.

Todo ello, visto desde el prisma judicial bajo el cual se contempla el recargo de prestaciones como un elemento jurídico de “*naturaleza sancionadora*”.

Otro punto de vista problemático, es el la aplicación del recargo de prestaciones en el caso de pensionistas calificados como incapacidad permanente total “cualificada” y Gran Invalidez.

En el primero de los casos, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 1646/1972 de 23 de junio, se reconoce un incremento de la pensión en un 20 por ciento de la base reguladora, cuando el trabajador tenga, como mínimo 55 años, y mientras no realice ningún trabajo. La Resolución de 22 de mayo de 1.966 de la Secretaria General de la Seguridad Social, establecía las normas de dicho incremento.

Este incremento, como reza el artículo 6 del Decreto 1646/1972, quedará en suspenso durante el periodo que el pensionista obtenga un empleo.

Por lo que respecta al caso de pensionistas calificados en un grado de Gran Invalidez hay que recordar que, la prestación económica reconocida al beneficiario de la misma, tiene dos tramos o componentes, el primero, una prestación económica consistente en la pensión vitalicia que genera un derecho a una cantidad económica consistente en un 100 por cien de la base reguladora, y un segundo tramo consistente en un incremento de la cuantía en un 50 por ciento, destinado a que el inválido pueda remunerar a las personas que le atiendan. Este incremento, puede sustituirse por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos.

En el primero de los casos, la STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 1.999 Sentencia 8875/1999¹⁶, señala en su Fundamento de Derecho ÚNICO, recogiendo y asimilando al incremento del 20 por ciento, correspondiente a la prestación de Incapacidad Permanente “Cualificada”, a una mejora voluntaria, que el artículo 123 del TRLGSS alude a “*todas las prestaciones que tengan causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero esta expresión no supone que incluya en su ámbito a dichas mejoras voluntarias, sino que el mismo afecta a toda prestación establecida por la Ley para tales supuestos.*

Y este mismo criterio ha de mantenerse en relación al incremento del 20 por ciento dado su carácter circunstancial y provisional o transitorio, ya que según preceptúa el artículo 6, apartado 4 del D.1646/1972 de 23 de junio,... quedará en suspenso

durante el periodo en que el trabajador obtenga un empleo. El carácter sancionador de este recargo como han puesto de relieve diferentes sentencias del TS (8-3 y 16-11-1993 y 12-2 y 20-5-1994, entre otras), el precepto legal regulador ha de ser interpretado restrictivamente)”

En este sentido se han manifestado diversas Sentencias como son las núm. 1327/2005 y 8751/2005 del 25 de febrero¹⁷ y 15 de noviembre respectivamente¹⁸, ambas del TSJ de Cataluña. Esta última Sentencia se refiere al recargo en el caso de la Incapacidad Permanente Total “Cualificada” como una *“prestación futura que pueda ser reconocida”*. Para llegar al fallo de la sentencia, estudia el literal del artículo 123, reproduciendo su texto, y señalando que procederá en “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo”, por lo que distingue entre la eventual futura agravación del trabajador afectado, de aquellos otros supuestos en los que *“la revisión de la invalidez permanente original se debe a causas adjuntas que agravan el estado del inválido, pero no guardan relación con el accidente”* (STSJ de Asturias de 23 de mayo de 2.003).

En sentido contrario a estas Sentencias, se ha pronunciado el TSJ del País Vasco, asimilando a la prestación de la IPT “Cualificada” el incremento del 50 por ciento correspondiente a la gran invalidez. De esta manera se ampara en el reconocimiento que efectuó el Tribunal Supremo en su Sentencia 27 de septiembre de 2.000, (rec. 4590/1999¹⁹) a la extensión del recargo del prestaciones al incremento que se concede en el caso de grandes inválidos.

Llevado de la mano de esta Sentencia, pasamos a estudiar el segundo caso expuesto en este apartado, la aplicación del recargo de prestaciones en el incremento de la prestación correspondiente al 50 por ciento, y que se reconoce en el caso de los beneficiarios a los que se les ha calificado con una gran invalidez. En este caso, y sirviendo como Sentencia “bandera” la del Alto Tribunal de 27 de septiembre del año 2.000¹⁹, la cual en su Fundamento de Derecho SEGUNDO no acoge de manera favorable el argumento esgrimido por el INSS, según el cual dicho incremento tiene un carácter asistencial, ya que éste puede ser sustituido por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del sistema de Seguridad Social...deduciendo de ello que *“estamos en presencia de una prestación especial, asistencial y fungible, que en su versión “sustitutoria” en régimen residencial no sería compatible con el recargo previsto en el artículo 123 LGSS, Se trata de un argumento que tampoco resulta convincente, pues el hecho de que tal sustitución sea posible no puede servir para enervar un derecho reconocido por la norma a quien percibe la prestación en su versión económica, cual es aquí el caso”*.

C) Incumplimiento del deber empresarial.

Según los términos en los que se expresa el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social los cuales, como ya se ha indicado anteriormente, no distan mucho de los utilizados en su primera redacción hace más de cien años *“máquinas o artefactos que carezcan de los aparatos de precaución”*, se determina la posibilidad de imponer el recargo de prestaciones en unos determinados casos en los que existe una irregularidad que va más allá del término “accidente” y es consecuencia de la inobservancia por parte del empresario de *“Las medidas generales*

o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las más elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo...”.

De la literalidad del texto que recoge el artículo 123 del TRLGSS se aprecia claramente que, no solamente el hecho de la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, es suficiente para poder determinar la posibilidad de aplicar el recargo de prestaciones, sino que debe apreciarse la existencia de un nexo causal entre un determinado incumplimiento empresarial y el accidente acaecido.

En este apartado, en el que para su estudio estamos dividiendo el artículo 123 del TRLGSS, es interesante señalar lo que establece el artículo 42,5 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (BOE de 8 de agosto), el cual señala lo siguiente:

“La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.”.

En este sentido se pronuncian numerosas Sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, entre las más recientes la de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2.013 (núm. 631/2013)²⁰ y de Asturias de 5 de abril de 2.013 (núm. 774/2.013)²¹, y como no indicar la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Cuarta) de 14 de marzo de 2.011 núm. 21/2011²², la cual recogía en su Fundamento de Derecho SEGUNDO lo siguiente:

“En suma, no aparecen motivadas las razones por las que, no obstante haberse producido la exoneración de la responsabilidad administrativa en la vía estrictamente sancionadora, sin embargo sí que concurre la responsabilidad en el ámbito laboral desde la óptica de prevención de riesgos laborales y en atención a los mismos concretos hechos producidos. Como afirma el Ministerio Fiscal, faltan las razones singulares por las que las resoluciones recurridas se apartan de la valoración que sobre la infracción de medidas de seguridad alcanzó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al enjuiciar la sanción impuesta a la empresa recurrente en amparo, más aún si tenemos en cuenta que la doctrina jurisprudencial viene exigiendo, como requisito determinante de la responsabilidad en el accidente, que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.”.

Esta última Sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en recurso de amparo 2420/2007 alude a Sentencias anteriores del mismo tribunal como son la STC 158/1985, de 26 de noviembre y STC 16/2008, de 31 de enero.

Por consiguiente, parece claro que, tanto normativa como judicialmente, el orden Social queda sometido a la determinación de existencia de infracción en materia de Prevención de Riesgos Laborales por el orden Contencioso-administrativa.

No obstante, hay que determinar si es necesario que el incumplimiento empresarial alegado tenga relación de causalidad con el daño producido al trabajador, o si simplemente existe automaticidad en el recargo cuando se acredita cualquier incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales. La doctrina judicial ha venido a establecer de manera clara y repetida que el incumplimiento empresarial que se reprocha al empresario, debe ser causa del accidente o enfermedad que genera derecho a las prestaciones. De esta manera, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social de 10 de marzo de 2.010 rec. 5825/2006 ²³ señala, reproduciendo otras Sentencias del TS, (SSTS de 26 de marzo de 1.999, 6 de mayo de 1998 y 12 de julio de 2.007, entre otras) lo siguiente:

“...es doctrina reiterada en aplicación del artículo 123 LGSS, que tal regulación constituye una normativa propia y específica, independiente y cerrada, sin que resulte aplicable de modo directo ni analógico ninguna otra sobre responsabilidad empresarial (STS 2/10/2000) su imposición exige como requisitos generales los que siguen:

- a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado;*
- b) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma;*
- c) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, porque la responsabilidad no es objetiva, y*
- d) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad,..”*

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

3. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES.

3.1 LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

Desde el principio, siempre han sido objeto de mayor consideración, en atención a la prevención de riesgos laborales, el estudio y las técnicas encaminadas a la corrección de riesgos físicos, provocados por fallos en máquinas, herramientas, útiles de trabajo o procedimientos que conlleven lesiones “visibles” al trabajador.

Situaciones como acoso laboral, no son situaciones nuevas, son producto de conductas que han existido tradicionalmente y han sido identificadas como “abusos”. Recientemente se les empieza a denominar como mobbing, acoso y acoso sexual. En algunos países se ha ido incluso un poco más allá, como es el caso de Dinamarca y definen dos tipos de mobbing: perverso, que sería el del primer empleo sobre grupos determinados tradicionalmente más desfavorecidos y mobbing de conflicto como una situación problemática que se larva en la estructura de las relaciones laborales, que no se afronta adecuadamente y, a la larga, desemboca en actos de acoso.

Actualmente la sociedad está adquiriendo conciencia de ello, y ya se comienza a actuar ante el problema desde diferentes frentes. En el presente, se ha popularizado el concepto de “mobbing” hasta el punto de que muchos trabajadores ya lo reconocen en su entorno laboral y le atribuyen comportamientos y dinámicas que, con anterioridad no tenían ni siquiera una palabra que las definiera.

En nuestra Constitución, ya en el artículo 10 se reconoce el derecho a la dignidad de las personas, los derechos inalienables que le son propios, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás son el fundamento del orden jurídico y de la paz social. El artículo 15 establece el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

El reconocimiento del daño psicológico sufrido por un trabajador en un supuesto de “mobbing” no esconde que la normativa laboral carece de una regulación específica que defina la conducta que puede considerarse como “acoso laboral” frente a otros tipos de acoso que sí son reconocidos y configurados por la legislación, como son el acoso relacionado con el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, y el acoso en función del sexo de una persona, son tipos reconocidos como derechos básicos del trabajador (4.2 TRET)

En el ámbito español, el concepto de acoso moral más utilizado ha sido la derivada de la Nota Técnica de Prevención 476/98 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que define el acoso moral como “una situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.

No obstante, esta falta de regulación jurídica de lo que se puede entender como “acoso moral” no ha obstaculizado su abordaje por los órganos jurisdiccionales del Orden Social, muy especialmente en los casos de demandas del trabajador por extinción voluntaria del contrato de trabajo, vía artículo 50 del TRET, fundamentados en el hostigamiento psicológico del empleador.

Entre ellas, y como más recientes se puede señalar la del Juzgado de lo Social nº 3 de la Coruña, Sentencia núm. 938/2.012 de 14 de diciembre ²⁴, que trae a colación la SSTSJG de 22 de octubre de 2.009, núm. 3298/2.009., 6 de junio de 2.008, núm. 1888/08, 30 de mayo de 2.008 núm. 1288/2008, etc. reproduciendo lo siguiente: *“en el ámbito especializado –médico y jurídico- se define el acoso laboral –mobbing. como aquella conducta abusiva o violencia psicológica al que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión al que se encuentra sometido”*

En similares términos se expresan una gran cantidad de sentencias, como son la del TSJ de Cataluña, núm. 1354/2.012 de 20 de febrero²⁵, núm. 991/2.012 de 8 de febrero²⁶, núm. 7641/2.011 de 24 de noviembre²⁷, TSJ de Asturias núm. 2879/2.011 de 18 de noviembre²⁸, TSJ de Madrid núm. 874/2.011 de 21 de octubre, y un largo etc.

3.2 LA CONSIDERACIÓN DEL ACOSO MORAL COMO RIESGO DE CARÁCTER PSICOSOCIAL.

Las condiciones de la prestación de servicios de un trabajador pueden provocar daños a la salud del trabajador, pero estos daños, como ya se ha dicho anteriormente, no solamente se deben centrar en las características físicas o materiales del trabajador (el lugar de trabajo, funciones de riesgo, utilización de maquinaria, herramientas, etc) sino también se deben extender a todas aquellas características del trabajo, incluida, por supuesto la organización o la ordenación de éste, que en el marco de una empresa determinan el desempeño profesional.

De esta manera, el artículo 4.7 de la Ley PRL, indica que *“se entenderá como condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición.....d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”*.

Hay que señalar, por supuesto que son denominados como riesgos psicosociales todos aquellos factores de riesgo relacionados con la organización del trabajo, su duración, el tipo y contenido de la actividad realizada y el ámbito de relaciones sociales que mantiene el trabajador en el seno de su empresa, que pueden repercutir en la seguridad y salud del trabajador (y que por consiguiente, pueden ocasionarle alteraciones físicas o psíquicas, como pueden ser la depresión, obsesiones e intensa fatiga y/o pensamientos suicidas).

Está claro que la normativa española recoge los riesgos psicosociales como “riesgos laborales” a prevenir para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores. De esta manera, conviven en igualdad de condiciones cuatro especialidades y disciplinas preventivas en las funciones y cualificación que deben tener las personas designadas para la evaluación de riesgos laborales: medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada, tal como recoge el artículo 34 del RD 39/1997 de 17 de enero, Reglamento de Servicios de Prevención. Todas estas especialidades deben ser aplicadas en el Sistema de Prevención de Riesgos de la empresa, de tal manera que la que no haya sido asumida por el Servicio de Prevención propio (en el caso de que la empresa opte, o se vea obligado a disponer de él por sus características) deberán ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos. (Artículo 15 del RD 39/1997 de 17 de enero).

Además, como no, hay que hacer mención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996²⁹ (TJCE 1996,213 (Asunto

C 84-94), la cual señala que la noción de “seguridad y salud” de los trabajadores emanado de la Directiva Europea 89/391/CEE, debe interpretarse según los cánones suministrados por el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la cual define la salud como *“un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna”*.

En consecuencia, se imputa al empresario, a través de la LPRL, concretamente en su artículo 14 la obligación de prevenir todos aquellos factores de riesgo, incluso psicosociales, presentes en el trabajo y ligados en muchas ocasiones a situaciones de precariedad laboral, que puedan afectar a la salud y al bienestar de los trabajadores.

3.3. RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

La regulación normativa del Derecho español, al igual muchos otros países de la Unión Europea, no recoge una definición legal de los riesgos psicosociales.

Tampoco el Derecho de la Unión Europea, ha acometido directamente el desafío de los riesgos psicosociales, motivo por el cual no se puede encontrar una definición normativa de éstos. Igualmente tampoco se pueden encontrar pronunciamientos explícitos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más allá del Acuerdo europeo sobre estrés de 8 de octubre de 2.004 (Suscrito por CES, EUROCADRES/CEC, UNICE, CEEP y EUAPME), y el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso o violencia en el trabajo de 26 de abril de 2.007 (Suscrito por CES, BUSSINESSEUROEP, UEAPME y CEEP. Había sido precedido por el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y mediadas para combatirlas, OIT 2003.)

No obstante, hay que afrontar esta situación, y tomar conciencia de que estos riesgos, evidentemente, existen y que incide directamente sobre la salud de los trabajadores.

Los tribunales españoles son todavía poco proclives a usar la denominación de riesgos psicosociales; no obstante, se detecta ya una clara sensibilidad hacia ellos en algunas sentencias. Así, la STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2011, que incluye los riesgos psicosociales en la deuda de seguridad de la empresa pues ésta no se agota en la protección frente a los riesgos objetivos del puesto de trabajo sino que obliga también a prevenir los riesgos específicos derivados de las características o estado de salud de la persona que lo ocupa; la STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2011, que tiene en cuenta los riesgos psicosociales que comporta la actividad laboral de quien solicita la declaración de incapacidad permanente; o la STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2011, que alude a la necesidad de establecer protocolos que contemplen en estos riesgos.

Así pues, como se ha dicho al principio del presente apartado, existe un amplio desarrollo reglamentario sobre diferentes factores físicos que pueden afectar a la seguridad y salud de los trabajadores, a modo de ejemplo:

REAL DECRETO 374/2001, de 6 de abril sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. (Transcribe la DIRECTIVA 98/24/CE del Consejo de 7 de abril de 1998), REAL DECRETO 1215/1997, de 18 de julio por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de

trabajo. (Transcribe la DIRECTIVA 89/655/CEE, de 30 de noviembre de 1989). REAL DECRETO 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido (Transcribe la DIRECTIVA 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003), y así un largo etc.

Sin embargo, con una breve visita a la página de internet del Instituto Nacional de Seguridad E Higiene en el Trabajo, podemos comprobar que los riesgos psicosociales no tienen desarrollo reglamentario, tanto en el Derecho español, como en el Derecho Comunitario. Únicamente existen remisiones a la normativa laboral común, como es el Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido de la Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y su inclusión social, y referencias a diferentes Resoluciones por las que se aprueban Protocolos de actuación frente a diferentes tipos de acoso: laboral, sexual, etc. Pero no existe, ningún Real Decreto, ni Directiva Comunitaria a desarrollar, que establezca las disposiciones mínimas de seguridad y salud en ámbitos laborales que puedan afectar psicológicamente al trabajador.

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

Y

EL RECARGO DE PRESTACIONES

4. LOS RIESGOS PSICOLOCIALES Y EL RECARGO DE PRESTACIONES.

A lo largo de la presente exposición, hemos constatado que, en primer lugar, los riesgos psicosociales pueden generar estados de necesidad que conlleven la aparición de prestaciones económicas para hacer frente a la incapacidad, temporal o permanente, para continuar con la prestación de servicios. En segundo lugar, estos riesgos psicosociales pueden tener su foco de origen en las relaciones laborales y/o en el entorno de trabajo, por lo que, cuando surgen bajo estas circunstancias pueden ser catalogados como accidente de trabajo. En tercer y último lugar, y no por ello menos importante, está la obligación empresarial de evitar, evaluar y prevenir los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo.

A pesar de todo ello, no es fácil manifestar con la misma rotundidad que existe cuando, por omisión de una medida de seguridad acontece un accidente de trabajo que conlleva una secuela física al trabajador, que la actuación de un riesgo psicosocial en el trabajo, el cual genera una prestación económica, es igual merecedora del reproche legal referente al recargo de prestaciones.

Por ello, y como estudio principal del presente trabajo, se van a analizar las más recientes sentencias de los diferentes Tribunales Superiores De Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas de España, al objeto de comprobar los argumentos esgrimidos en cada una de ellas, con el fin de justificar o no, la imposición del recargo de prestaciones en las diferentes contingencias profesionales devenidas por la actuación de un determinado riesgo psicosocial.

SENTENCIAS EN CONTRA

Del estudio del conjunto de las Sentencias que no reconocen la aplicación del recargo de prestaciones en los casos de actuación de riesgos psicosociales, hay que resaltar un componente común a todas ellas, el atribuir a tal recargo la naturaleza sancionadora de tal incremento. De esta manera, se observa el recargo de prestaciones desde un enfoque restrictivo.

No obstante, desde el punto de vista normativo, el recargo de prestaciones se ha aproximado más a la idea de indemnización patrimonial que a la sanción. De esta manera hay que indicar que el artículo 42.3 del la LPRL dispone que las responsabilidades administrativas derivadas del procedimiento sancionador “... serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social”.

Un importante sector de la doctrina científica no ha dudado en calificar el recargo como sanción, y en vía judicial la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1985 núm. 158/1985³⁰, señaló que “*el recargo que prevé el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social, constituye una responsabilidad a cargo del*

empresario extraordinaria y puramente sancionadora....” Sin embargo, esta calificación no se ha mantenido en pronunciamientos posteriores, en los que se ha evitado calificar la naturaleza jurídica del recargo. Esto sucede en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 1.993³¹ y de 5 de junio de 1.995³², núm. 163/1993 y 81/1995, respectivamente.

Finalmente, el criterio que adopta el Tribunal Supremo el 2 de octubre del año 2.000 rec. 2393/1999³³, es el de carácter sancionador, y por lo tanto, establece, al respecto del caso que nos ocupa, que debe ser interpretado restrictivamente.

En este sentido, hay que señalar las siguientes sentencias:

I. Sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2.013, rec. 2417/2.013³⁴

a) Historia del caso.

Una trabajadora inicia una incapacidad temporal, la cual tras solicitar informe el INSS a la ITRSS, en orden a determinar si tal incapacidad devenía de accidente de trabajo por problemática laboral, se comprobó que la empresa no había realizado ninguna evaluación de riesgos psicosociales. Por todo ello se levantó acta de infracción en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

El INSS declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador.

La empresa tiene un protocolo de prevención contra el acoso de fecha de 16 de diciembre de 2.008, pero no cuenta con una evaluación de Riesgos Laborales hasta el 23 de diciembre de 2.009 (fecha posterior al accidente)

b) Razonamientos Jurídicos.

Señala la sentencia del TS de 12 de julio de 2.007, según la cual se exige como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes:

a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador.

b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador

c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado.

Por último reproduce la Sentencia del mismo TSJ de 21 de diciembre de 2.011, en la que con base en la doctrina casacional recogida en sentencia del TS de 21 de febrero de 2.002, conforme la cual solo puede imponerse el recargo en los supuestos de infracción

de una norma concreta y no genérica, se sostiene que no existe norma expresa alguna con rango de ley que obligue a la prevención y tutela de los riesgos psicosociales.

Sin embargo, reconoce que la cuestión no es del todo pacífica, pues en la Sentencia de la misma sala de 22 de noviembre de 2.011 se ha dicho que “el estrés laboral es un riesgo psicosocial que se define como aquellos aspectos de la concepción, organización y gestión del trabajo así como de su contexto social y ambiental, que tiene la potencialidad de causar daños físicos, sociales o psicológicos en los trabajadores...” Y la consecuencia fundamental de identificar un problema de estrés ligado al trabajo hacer surgir “la obligación del empresario de adoptar medidas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo”. Todos los empleadores, “tienen la obligación legal de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores conforme a la Directiva 89/391 y esta obligación se aplica igualmente a los problemas de estrés ligados al trabajo”.

c) Fallo.

En consecuencia, al estimar que la contingencia que provocó la incapacidad temporal de octubre del 2.009 no era producida por la falta de evaluación de riesgos psicosociales, acepta el recurso de suplicación impuesto por la empresa y revoca la Sentencia que concede el recargo de prestaciones a la trabajadora, motivado por falta de evaluación de riesgos laborales.

II. Sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2.011 rec. 5976/2.009.³⁵

a) Historia del caso.

Se reconoce una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, con motivo de ocurrir situaciones de acoso laboral sufrido por la trabajadora por parte del encargado del centro, con la pasividad empresarial.

b) Razonamiento Jurídico.

Indica que, la doctrina está claramente dividida entre los que sustentan su naturaleza sancionadora y aquellos otros que mantienen que es meramente prestacional. Si se parte de una visión sancionadora es necesaria la concurrencia de las notas de legalidad, proporcionalidad y especialmente tipicidad. No obstante, recoge que el recargo tiene la naturaleza de lo que en Derecho Administrativo se conoce como acto administrativo mixto o de doble efecto, en la vertiente de la afectación de derechos de terceros; por tanto, un acto administrativo de gravamen que tiene efectos positivos sobre el trabajador. De esta forma, la tramitación administrativa está sometida a los principios del Derecho Administrativo sancionador, aunque sus efectos pasen a conformar el patrimonio del tercero, y es por eso que la tramitación del recargo tiene una observación reglamentaria específica.

Continúa diciendo que la falta de tipicidad lleva a un segundo problema, por cuanto no se regula de forma expresa en ninguna norma la obligación empresarial de prevención y tutela de los riesgos psicosociales. Estas disposiciones no se encuentran recogidas en norma con rango de ley... más allá de las genéricas previsiones de los

artículos 14, 15 y 17 de la LPRL. debiendo tener en cuenta que las Instrucciones o Notas Técnicas del INSHT no se tratan de simples estudios técnicos, entiendo mero carácter informativo para los empresarios y los servicios de prevención mientras que no se integren a través del correspondiente reglamento o sean aceptadas por la negociación colectiva, con lo que no tienen carácter normativo.

Termina diciendo que, “ *no existe ninguna norma legal que actualmente cumpla con el suficiente requisito de tipicidad, lo que impide que se extienda su base sobre la base de las mismas.*”

c) Fallo.

Por consiguiente, desestima el recurso de la trabajadora sobre el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, seguido contra el INSS y la empresa.

III. Sentencia del TSJ del País Vasco de 8 de mayo de 2.008 rec. 511/2007.³⁶

a) Historia del caso.

Trabajadora a la que se reconoce una situación de incapacidad temporal por “depresión leve secundaria”, posteriormente declarada por el INSS con origen en contingencia profesional.

La empresa no había realizado ninguna evaluación de riesgos laborales.

b) Razonamiento Jurídico.

Indica que, lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial prevista en el artículo 123 de la TRLGSS, no radica en analizar si el trabajador lesionado por razón del trabajo..., que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado.

Continúa suponiendo que si, cuando se produce la depresión secundaria, al trato que estaba recibiendo en la empresa, ésta incumplió algún deber preventivo que, de haberlo atendido satisfactoriamente hubiera evitado esa concreta patología. Posteriormente se responde que no, ya que no era exigible en el año 2.002 que la evaluación de riesgos incluyera las enfermedades psíquicas vinculadas a conductas de hostigamiento. (Recordar que la LPRL es de 8 de noviembre de 1.995)

En definitiva concluye que, de haberse realizado una evaluación de riesgos laborales, ésta no habría incluido el acoso como un factor de riesgo que había que prevenir, ya que no estaba previsto ni legal ni convencionalmente.

c) Fallo.

Por consiguiente, desestima el recurso de la trabajadora sobre el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, seguido contra la empresa.

Esta Sentencia recoge un voto particular de la Magistrada D^a. Garbiñe Biurrun Mancisidor, en la que plantea su opinión contraria, señalando que: “... *el riesgo de acoso moral no se halla conjurado por ninguna circunstancia específica que concurriera en el entorno laboral en que la demandante se halla inmersa, esto es, el riesgo existía, como existe siempre en cualquier medio de trabajo, sin perjuicio de que nunca se concrete por las medidas que se hubieren adoptado. ... No puede negarse ya hoy que el riesgo de acoso moral puede ser prevenido y que existe un amplio abanico de medidas preventivas en este terreno. ... Así, no cabe duda de la plena aplicabilidad de las normas generales contenidas por la LPRL, dado que existen, sustancialmente, el riesgo de un daño derivado del trabajo y los medios o medidas que pueden prevenir su concreción o su avance.*”

SENTENCIAS A FAVOR.

En el caso de sentencias dictadas en favor de reconocer el recargo de prestaciones, en los casos en que han actuado riesgos psicosociales que han originado prestaciones económicas para los trabajadores, los tribunales se han apartado de la corriente doctrinal que enmarca el recargo de prestaciones dentro de la naturaleza sancionadora, para inclinarse más hacia una naturaleza indemnizatoria, dentro de la cual tiene cabida el cumplimiento de forma genérica de las normas legales.

Por consiguiente, el mero incumplimiento del deber genérico seguridad y salud en el trabajo, regulado por la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, ya hace merecedora a la empresa del recargo de prestaciones en el caso de actuación de riesgos psicosociales, aunque éstos no hayan sido objeto de desarrollo reglamentario.

I. Sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2.013 rec.6827/2013³⁷

a) Historia del caso.

Se trata de una trabajadora que desarrolla un proceso de incapacidad temporal derivado de una sintomatología ansiosodepresiva, la cual se determinó que tenía su origen en la relación laboral, y por consiguiente se consideró como contingencia profesional.

La empresa no había efectuado ninguna evaluación de riesgos psicosociales, con anterioridad al inicio de la incapacidad temporal de la trabajadora.

b) Razonamientos jurídicos.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en esta ocasión, recoge entre sus Fundamentos de Derecho expuestos, en orden a dar solución al recurso presentado por la empresa, con la finalidad de dejar sin efecto el recargo de prestaciones reconocido

por el Juzgado de lo Social de Barcelona, lo siguiente: *“....deber general de prevención, la obligación del empresario de "planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo". Y tal prevención, remacha el art. 16, "deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente"; plan de prevención que "deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan".*

Termina señalando lo expuesto por el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 8 de octubre de 2001, la cual indicaba que *“el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado”, que "deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran"; que "actualizado el riesgo [AT] para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias..."; y que "el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL)" sujetará al empresario a la consecuente responsabilidad”*

c) Fallo.

Desestima el recurso de la empresa, y reconoce a la trabajadora el recargo de prestaciones por falta de medidas de prevención en riesgos psicosociales.

II. Sentencia del TSJ de Cataluña de 24 de julio de 2.013 rec.5693/2.012³⁸

a) Historia del caso.

Trabajadora que ha tenido dos procesos de incapacidad temporal por trastorno de ansiedad, inicialmente por contingencias comunes y mediante resolución del INSS han sido declarados accidente de trabajo. Todo ello a consecuencia de acoso sexual acaecido en el centro de trabajo.

b) Razonamientos jurídicos.

Esta sentencia señala que, *“... el empresario respecto el personal a su servicio, en cuanto a titular de una empresa u organización productiva y deudor de seguridad, en el marco de la relación de trabajo, está obligado a evaluar y prevenir los riesgos psicosociales, tal como dispone el artículo 14 de la Ley 31/1995 de PRL, para garantizar una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Específicamente, el apartado 2 del artículo 14 de la Ley 31/1995, establece una*

obligación genérica, cuando dispone que en su cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” debiendo adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, incluyendo por tanto no solo protección frente a los riesgos.”.

Concluye señalando en sus Fundamentos de Derecho que, “*ante problemas organizativos claros en la empresa, ésta no reacciona de acuerdo con lo previsto en la normativa de prevención de riesgos, sin que en las fechas en que se produjeron los procesos de baja médica consta evaluación de riesgos psicosociales o la adopción de las medidas preventivas de carácter organizativo necesarias para proceder a eliminar, reducir o paliar los riesgos psicosociales existentes en el centro de trabajo*”.

c) Fallo.

Desestima el recurso de la empresa, y reconoce a la trabajadora el recargo de prestaciones por falta de medidas de prevención en riesgos psicosociales.

III Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de julio de 2.012. rec. 5037.2011.³⁹

a) Historia del caso.

Trabajadora que inicia un proceso de IT, el cual es declarado derivado de accidente de trabajo, el cual desemboca en una incapacidad permanente por episodio depresivo mayor. Por la ITRSS se inició procedimiento sancionador, considerando que no se adoptaron las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo.

b) Razonamientos jurídicos.

En este caso, el Fundamento Jurídico SEGUNDO señala que “*existe una evidente relación causal entre la situación psicofísica de la trabajadora y la actuación deficiente de la ocupadora recurrente, que consta en dos pronunciamientos judiciales firmes. Tal como razona la sentencia de instancia, a efectos del recargo el elemento determinante es la conducta negligente de la empresa que por incumplimiento de una correcta evaluación del lugar de trabajo ha vulnerado el derecho de la trabajadora a su integridad física. La empresa ha infringido el artículo 4.2 d) y el artículo 19 del Estatuto de los trabajadores porque las condiciones de trabajo impuestas han provocado daños a la salud de la trabajadora y vulnerado los artículo 14 . 1 y 2 del artículo 4.7 de la Ley 31/1995 referido a las condiciones de trabajo que puedan tener influencia significativa en generar riesgos para la seguridad y salud del trabajador y específicamente la características del trabajo entre las cuales se incluyen las relativas a la organización y ordenación que incremente o influya en los riesgos a los cuales este expuesto la persona trabajadora. Estos preceptos infringidos son de aplicación directa y no genéricos y obligan a ser aplicados por los empresarios.*”

c) Fallo.

Desestima el recurso de la empresa y concede el recargo de prestaciones a la trabajadora.

IV Sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2.012. rec. 6645/2.010.⁴⁰

a) Historia del caso.

La trabajadora por una sobrecarga de trabajo debida a: la prestación de servicios en dos departamentos simultáneos, atención de clientes, actitud de la supervisora, etc., inició un proceso de incapacidad temporal por trastorno ansioso-depresivo, derivado de estrés en medio laboral.

Este proceso derivó en una Incapacidad Permanente Absoluta.

Tras reconocerse dicha Incapacidad Permanente Absoluta como derivada de contingencias profesionales, debida a la situación psicosocial de la trabajadora en la empresa, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, propuso un recargo del 50 por ciento en las prestaciones, por falta de medidas de Seguridad e Higiene.

b) Razonamientos jurídicos.

La empresa recurrente entiende que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en el artículo 123 del TRLGSS. Sucintamente afirma que, tratándose de un supuesto de estrés laboral que ha causado a la trabajadora una incapacidad permanente absoluta, no se identifica de manera concreta la normativa de prevención presuntamente infringida; insiste en que la empresa cumplió con sus obligaciones de prevención de riesgos laborales...y que no existe nexo de causalidad entre la presunta infracción cometida y la enfermedad padecida por la trabajadora.

Alega la empresa que, la referencia al incumplimiento del artículo 4.2 del TRET, en relación con los artículos 19 del mismo texto legal, y 14, 15 y 17 de la Ley 31/1995 es excesivamente genérica como para hablar de un incumplimiento de la normativa preventiva sin que pueda admitirse que tales referencias generales a la protección, suponen el incumplimiento de una medida concreta y específica.

A ello contesta el TSJ de Cataluña que “ *La consecuencia fundamental de identificar un problema de estrés ligado al trabajo es la obligación del empresario de adoptar medidas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo. Todos los empleadores tienen la obligación legal de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores conforme la directiva 89/391, y esta obligación se aplica igualmente a los problemas de estrés ligados al trabajo. Es decir, una vez que el empresario ha conocido que un trabajador padece un tipo de estrés que puede tener consecuencias nocivas por su naturaleza y duración, y que pudiera venir causado por factores directamente relacionados con el trabajo, debe actuar contra él en el marco de las obligaciones genéricas de protección*

de la seguridad y salud en el trabajo porque sobre el empleador pesa la obligación también genérica de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14 Ley 31/1995) y para ello debe adoptar cuantas medidas sean necesarias y este deber impuesto por el texto legal se extiende no solo a las obligaciones específicamente previstas en los artículos 15 y siguientes de la Ley 31/1995, sino también a todas aquellas que no previstas son una consecuencia natural de su poder de dirección y organización.”

c) Fallo.

El TSJ de Cataluña desestima parcialmente el recurso. Mantiene la existencia de recargo de prestaciones en los riesgos psicosociales, pero en este caso lo reduce al 30 por ciento, en lugar del 50 por ciento propuesto por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

V Sentencia del TS, Sala Social, de 4 de marzo de 2.014. rec. 788/2.013 (Unificación de Doctrina)⁴¹

a) Historia del caso.

Con esta Sentencia dictada en Unificación de Doctrina, se resuelve el recurso planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2.012 (expuesta en el punto IV anterior), en la que se desestimó el recurso presentado por la empresa ALCAMPO SA, contra la Sentencia de 31 de diciembre de 2.009, dictada por el Juzgado de lo Social n 19 de Barcelona.

En esta Sentencia el Juzgado de lo Social, reconoció a la trabajadora un recargo de prestaciones en el porcentaje del 50 por ciento, a causa de responsabilidad empresarial por falta de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, ya que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social apreció lesión del derecho de la trabajadora a su intimidad y consideración debida a su dignidad y a su integridad física.

La sobrecarga de trabajo de la empleada, la falta de instrucciones y el trabajo bajo presión, y la queja de los clientes, derivó en un proceso de incapacidad temporal diagnosticada de depresión mayor en relación a mobbing, por la cual se le prescribió tratamiento psicofarmacológico.

La trabajadora no padecía con anterioridad antecedentes psiquiátricos.

Tal situación fue descrita como un supuesto de acoso moral y la obligación de prevención de la situación como integrada en el deber de protección del empresario.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, constató que la empresa no había realizado una evaluación del riesgo psicosocial en la empresa respecto al puesto de trabajo de la empleada. Posteriormente se realizó por un servicio de prevención ajeno,

sin detectar riesgos psicosociales relevantes, salvo los de trato con el público. (En esta evaluación no se hizo referencia a la dualidad de instrucciones o a la obligación de cubrir diversos puestos)

La empresa, sin entrar a discutir la procedencia o no del recargo de prestaciones en actuación de riesgos psicosociales, interesa Sentencia en la que se reduzca el porcentaje a aplicar al 30 %, para lo que alega la Sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2.012 (Sentencia ya estudiada en este trabajo).

b) Razonamientos jurídicos.

La cuestión sometida a solución por el Alto Tribunal, no entra ya en la posibilidad de aplicar un recargo de prestaciones en el caso de actuación de riesgos psicosociales, sino en el arbitrio que la entidad gestora dispone para establecer el porcentaje a incrementar la prestación.

Recoge el criterio establecido por la Sentencia de 19 de enero de 1.996, la cual señala que:

El actual artículo 123 del TRLGSS “ establece un recargo de un 30 a un 50 por 100 de las prestaciones económicas por riesgos profesionales, cuando ha existido una infracción de las normas preventivas de tales riesgos. El precepto no contiene criterios precisos de atribución, pero sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo que es “la gravedad de la falta”. Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con ésta directriz lega. Así sucede al menos cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias, no merece le máximo rigor sancionador”.

En el caso que resuelve el Tribunal Supremo, la infracción administrativa propuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se basó en que la situación de trabajo lesionaba el derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad e integridad física de la trabajadora y se calificó como falta muy grave que debía ser sancionada con la sanción prevista para tales faltas, en su grado medio.

Por consiguiente, entiende como correcto el porcentaje propuesto para el recargo en un 50 por ciento, ya que lo contempla bajo la óptica de la proporcionalidad vinculada a la sanción propuesta.

c) Fallo.

Por consiguiente, desestima el recurso presentado por la empresa y mantiene el recargo de prestaciones en la cuantía del 50 por ciento, aun, y por supuesto, en los casos de actuación de riesgos psicosociales, cuando no se ha realizado la evaluación y medidas preventivas oportunas.

CONCLUSIONES

5. CONCLUSIONES

1. A lo largo de la exposición hemos comprobado que los riesgos psicosociales actúan ante los trabajadores con las mismas consecuencias que el resto de agentes o condiciones de trabajo que se encuentran en una prestación de servicios por cuenta ajena. Estos tipos de riesgos desencadenan procesos de incapacidad temporal, permanente e incluso la muerte, en casos de suicidio.

Cuando han actuado este tipo de riesgos en el ámbito de una prestación de servicios por cuenta ajena, no ha existido mayor dificultad que cuando han actuado otra serie de riesgos, para que la contingencia que surge sea reconocida como accidente de trabajo.

2. No obstante, la falta de desarrollo reglamentario por el cual se establezcan las disposiciones mínimas de seguridad y salud frente a riesgos psicosociales, hace que exista una doble vertiente o doctrina judicial, y surjan discrepancias en cuanto a la posibilidad de aplicar el recargo de prestaciones en los casos de actuación de riesgos psicosociales que generen una prestación económica del régimen público de la Seguridad Social.

3. Es evidente la dificultad de elaborar un reglamento que recoja tales medidas mínimas, ya que como tal no existe ni a nivel nacional ni a nivel de la Unión Europea a través de Directivas, como ocurre con un notable número de disposiciones que regulan las disposiciones mínimas de seguridad y salud en sectores, actividades, maquinarias o productos utilizados en los diferentes procesos productivos.

La elaboración de tal reglamento daría cierre al círculo protector que rodearía a la real y efectiva protección de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales que, evidentemente, existen en los diferentes puestos de trabajo, y los cuales, tanto a nivel legal como judicial parece que actualmente no se hallan al mismo nivel de protección que el resto de agentes o condiciones que pueden darse en los procesos productivos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Miguel Cardenal Carro, Francisco Javier Hierro Hierro EL RECARGO DE PRESTACIONES, Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable. Ed. Bomarzo, 2.005.
2. Miguel Ángel Purcalla Bonilla EL RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL, Análisis crítico de su configuración Jurídico Positiva. Ed. Comares, 2.000.
3. María José Romero Rodenas. EL RECARGO DE PRESTACIONES EN LA DOCTRINA JUDICIAL, Ed. Bomarzo. 2.010.
4. José Luís Monereo Pérez. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. Ed. Cívitas. 1.992.
5. J. Ignacio Marcos y Cristobal Molina. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR INFRACCIÓN PREVENTIVA Y EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: RAZONES PARA CORREGIR UN NUEVO “ERROR JUDICIAL”. Colección Doctrina: Accidentes de Trabajo. Ed. Thomson Aranzadi. 2.007.
6. María José Gómez-Millán Herencia. LA INCOMPLETA TUTELA DEL RECARGO EN SUPUESTOS DE ACOSO LABORAL. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 7/2012. Ed. Aranzadi SA. Pamplona 2.012.
7. Miguel Azagra Solano. RECARGO DE PRESTACIONES: ¿TAMBIÉN EN LOS CASOS DE MOBBING?”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2010. Ed. Aranzadi SA. Pamplona 2.010.
8. Ángel Cubo Mayo y Juan Pablo Pérez-Bustamante Mourier. EL DERECHO A LA DIGNIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL, ACOSO EN EL TRABAJO: ESTUDIO JURÍDICO, SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS. LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES: MEDIDAS PREVENTIVAS. Ed. La Ley 2.009.

9. Ferrán Camas Roda. UN EMPUJE A LA PROTECCIÓN COMPLETA DEL TRABAJADOR ANTE SITUACIONES DE ACOSO MORAL MEDIANTE A LA IMPOSICIÓN A LA EMPRESA DEL RECARGO DE PRESTACIONES: UN COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚM. 7682/2008 DEL TSJ DE CATALUÑA DE 15 DE OCTUBRE DE 2.008. Revista Doctrinal Aranzadi Social páraf. núm.18/20095/2009. Ed. Aranzadi SA. Pamplona, 2.009.

10. María Lourdes Arastey Sahún. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA APRECIACIÓN DE LOS TRIBUNALES; ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA MARCO 1989/391/CEE. Relaciones Laborales nº 11. Editorial LA LEY 2.012.

11. J. Ignacio Marcos y Cristobal Molina. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR INFRACCIÓN PREVENTIVA Y EL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: RAZONES PARA CORREGIR UN NUEVO “ERROR JUDICIAL”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 726/2007. Ed. Aranzadi SA. Pamplona. 2.007.

12. Jesús Martínez Girón. ¿PUEDE UN EMPRESARIO ESPAÑOL ASEGURAR SU RESPONSABILIDAD ESPAÑOLA POR RECARGO DE PRESTACIONES EN OTRO PAÍS DE LA UNIÓN EUROPEA DISTINTO DE ESPAÑA? Actualidad Laboral nº. 13. Ed. LA LEY. 2.005

13. Efren Borrajo Dacruz. ACCIDENTE DE TRABAJO: RECARGO DE PRESTACIONES Y LEGISLACIÓN APLICABLE CUANDO EL ACCIDENTE HA OCURRIDO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA EN PAÍS DISTINTO AL DE LA SEDE DE LA EMPRESA RESPONSABLE. Actualidad Laboral nº 10, Ed. LA LEY. 2.008.

14. Antonio V. Sempere Navarro y Rodrigo Martín Jiménez. EL RECARGO DE PRESTACIONES; PUNTOS CRÍTICOS. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2.002.

15. María De los Reyes Martínez Barroso. LA CONSIDERACIÓN DE LA ACTITUD PASIVA EMPRESARIAL ANTE EL HOSTIGAMIENTO PSICOLÓGICO COMO INCUMPLIMIENTO PREVENTIVO Y RECARGO DE PRESTACIONES EN SUPUESTOS DE LABORALIDAD DEL MOBBING. Relaciones Laborales nº 11. Ed. LA LEY. 2.010.

16. Antonio V. Sempere Navarro y otros. COMENTARIO AL ARTÍCULO 123 DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL RECARGO DE PRESTACIONES EN EL CASO DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL. Códigos de Jurisprudencia. E. Aranzadi. 2.008.

17. Lourdes Mella Méndez. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SEGURIDAD EN EL SUPUESTO DE ACOSO MORAL. Actualidad Laboral nº 16. Ed. LA LEY. 2.009.

SENTENCIAS ESTUDIADAS

1. Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sentencia de 10 de marzo de 2.010. rec. 1443/2008.
2. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2.006. rec: 5918/2005.
3. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 23 de julio de 2.012. rec: 6897/2.011.
4. Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, Sentencia de 20 de abril de 2.007.
5. Tribunal Superior de justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 18 de marzo de 2.008, núm: 207/2008.
6. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 4 de diciembre de 2.012, rec: 3711/2011.
7. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 20 de diciembre de 2.013. rec:4931/2013.
8. Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sentencia de 10 de enero de 2.007. rec: 2198/2006.
9. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 18 de enero de 2.005, rec: 6590/2003.
10. Tribunal Superior de justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 2 de noviembre de 1.999. Rec: 1320/1999
11. Tribunal Superior de justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia de 31 de marzo de 2.005. rec: 92/2005.
12. Tribunal Superior de justicia de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia de 20 de julio de 2.006. rec: 152/2006.
13. Tribunal Superior de justicia de Andalucía. Sede Granada, Sala de lo Social, Sentencia de 21 de julio de 2.011. rec: 1233/2011.
14. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 2 de diciembre de 2.013. rec: 2417/2013.
15. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 20 de marzo de 1.997, rec: 2730/1996.

16. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 9 de diciembre de 1.999. rec:6254/1999.
17. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 25 de febrero de 2.005. núm: 1327/2005.
18. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 15 de noviembre de 2.005. núm.:8751/2005.
19. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 27 de septiembre del 2.000, rec: 4590/1.999.
20. Tribunal Superior de justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, Sentencia de 9 de mayo de 2.013. núm.: 631/2.013.
21. Tribunal Superior de justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia de 5 de abril de 2.013. núm.:704/2.013.
22. Tribunal Constitucional. Sala Cuarta. de 11 de marzo de 2.011.núm.: 21/2011.
23. Tribunal Superior de justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 10 de marzo de 2.010. rec:5825/2.006.
24. Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, Sentencia de 14 de diciembre de 2.012, núm: 938/2012.
25. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 20 de febrero de 2.012. núm.: 1354/2.012.
26. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 8 de febrero de 2.012. núm.: 991/2.012.
27. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 24 de noviembre de 2.011. núm.: 7641/2.011.
28. Tribunal Superior de justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia de 8 de noviembre de 2.011. núm.: 2879/2.011.
29. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de noviembre de 1996 (TJCE 1996,213)
30. Tribunal Constitucional, Sala Cuarta, Sentencia de 26 de noviembre de 1.985. núm.: 158/1985.
31. Tribunal Constitucional, Sala Cuarta, Sentencia de 18 de mayo de 1.993. núm.: 163/1993.
32. Tribunal Constitucional, Sala Cuarta, Sentencia de 5 de julio de 1.995. núm.: 81/1995.

33. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 2 de octubre del 2.000, rec: 2393/1.999.
34. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 2 de diciembre de 2.013. rec: 2417/2013.
35. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 2 de marzo de 2.011. rec: 5976/2009.
36. Tribunal Superior de justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 8 de mayo de 2.008. rec: 511/2007.
37. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 22 de octubre de 2.013. rec: 6827/2013.
38. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 24 de julio de 2.013. rec:5693/2013.
39. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 10 de julio de 2.012. rec: 5037/2011.
40. Tribunal Superior de justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 22 de febrero de 2.012. rec: 6645/2.010.
41. Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 4 de marzo de 2.014. rec: 788/2.013.

